

VERZEKERING EN MEDEDINGING

Wouter DEVROE

Gewoon hoogleraar en vice-decaan internationale relaties

Faculteit Rechtsgeleerdheid K.U.Leuven

Hoogleraar Competition Law Universiteit Maastricht

Advocaat aan de balie te Brussel

Wat volgt, is geen systematisch overzicht over de toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector. Erg is dat niet. Ten eerste bestaan zulke overzichten al¹ en valt de grondigheid ervan toch niet te evenaren binnen de hier geldende paginalimiet. Ten tweede blijkt de conclusie van de overzichten steeds min of meer dezelfde, namelijk dat het mededingingsrecht, een eigen groepsvrijstelling² niet te na gesproken, onverkort toepassing vindt binnen de verzekeringssector. Sinds het Hof van Justitie in 1987 zijn arrest *Verband der Sachversicherer*³ wees, een tiental jaar later gevolgd door de Belgische rechtspraak⁴, stuit deze boodschap niet langer op weerstand – en is ze dus niet langer vernieuwend.

¹ Op de eerste plaats mag het verslagboek worden vermeld waarvan H. COUSY in 1994 co-editor was: samen met G. LEVIE en H. COUSY (eds.), *La politique européenne de concurrence en matière d'assurances / Het Europees concurrentiebeleid in de verzekeringssector*, Brussel, Bruylant, 1994, 216 p. Zie sindsdien o.m. L. SCHUERMANS en P. TEERLINCK, "Een nieuwe groepsvrijstelling in de verzekeringssector" in *Liber amicorum J.P. De Bandt*, Bruylant, Brussel, 2004, 567-596 (de tekst handelt over meer dan de Groepsvrijstelling van 1993); B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, "Une 'première' pour les juridictions belges: Le secteur de l'assurance soumis aux règles de concurrence", *Jaarboek handelspraktijken en mededinging* 1996, 683-691 en de uitstekende overzichten "Chronique de droit européen – assurance et responsabilité" van J.-M. BINON in *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités (RGAR)*, meest recent 2008, 14349, 2009, 14540 en 2011, 14713.

² Zie verordening (EU) nr. 267/2010 van de Commissie van 24 maart 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, *Publicatieblad van de Europese Unie* (hierna "Pb."), L 83/1, 30 maart 2010. Deze verordening vormt een derde, afgeslankte, groepsvrijstelling voor de verzekeringssector. Zie voor een korte maar duidelijke toelichting de Mededeling van de Commissie van 24 maart 2010 "on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector", doc. COM(2010) 100 final (niet in het Nederlands beschikbaar) of J.-F. BELLIS, "Le nouveau règlement d'exemption (U.E.) no 267/2010 et ses implications pour le domaine des assurances", *FOR* 2010, 185-192.

³ HvJ 27 januari 1987, C-45/87, *Verband der Sachversicherer*, *Jur.*, I, 405.

⁴ Zie Brussel 24 mei 1996, *Union professionnelle des entreprises d'assurances belges et étrangères en anderen / Association belge des consommateurs asbl*, *Jaarboek handelspraktijken en*

Maar ten derde en vooral heeft deze meer technische kant van het mededingingsrecht Herman Cousy nooit echt kunnen boeien. Terecht, want op dit vlak kan de meerwaarde van een academicus ten opzichte van zoveel uitstekende verzekeringsrecht- en mededingingsrechtpraktizijnen niet liggen.

Terwijl de rest van juridisch Europa druk in de weer was met het bestrijden van mogelijke kartelvorming en overdreven concentratie in de verzekeringssector, maakte Herman Cousy de keuze om als academicus volop aandacht te besteden aan precies het omgekeerde. Niet het gevaar dat er te weinig mededinging zou overblijven in de verzekeringssector kreeg zijn volle aandacht, maar het gevaar dat er *te veel* mededinging zou kunnen ontstaan met alle risico's op sociale uitsluiting vanden. Het risico van overdreven segmentering (en discriminatie) als gevolg van marktwerking en prijsdruk – populairder: het risico dat jongeren geen autoverzekering meer zouden vinden en ouderen geen hospitalisatieverzekering – identificeerde en analyseerde hij als geen ander, dat wil zeggen eerder en diepgaander dan anderen. Hij stond steeds aan de kant waar academici moeten staan, vind ik, daarbij veeleer kiezend voor het gedegen en grondig onderbouwde compromis dan voor de krasse stelling. Ook dat is moedig in deze tijden.

Een en ander had wel tot gevolg dat ik de houding van Herman Cousy tegenover het mededingingsrecht steeds heb ervaren als dubbel. Zeker, hij respecteert en kent het mededingingsrecht. Toch heb ik me nooit geheel van de indruk kunnen ontdoen dat hij, zoals overigens andere eminente specialisten⁵, het mededingingsrecht ook minstens gedeeltelijk identificeert met (verantwoordelijk houdt voor?) de negatieve gevolgen van een overdaad aan concurrentie en marktdenken waarmee de samenleving nu soms wordt geconfronteerd.

Nu behalve Herman Cousy en zijn terechte bezorgdheid om sociale insluiting, ook het mededingingsrecht me nauw aan het hart ligt, zou ik dergelijke achterdocht jegens dat mededingingsrecht betreuren. Vandaar, in de hoop dat mijn vrienden Herman en het mededingingsrecht ook elkaars hechte vrienden mogen worden, maar vooral met een immense bewondering en dankbaarheid voor mijn promotor-voor-het-leven, deze ongenueanceerde korte bijdrage.

1. VIJF WEZENSKENMERKEN VAN MEDEDINGINGSRECHT DIE VERZEKERINGSJURISTEN KUNNEN BOEIEN

Het kan uiteraard de bedoeling niet zijn om hier de beginselen van het mededingingsrecht te herhalen zoals Herman Cousy die zelf jarenlang heeft onderwezen. De vraag is anders, fundamenteeler: hoe het wezen van het mededingingsrecht vatten in enkele kentrekken? Uiteraard is de keuze subjectief.

Het belangrijkste in het kader van deze bijdrage maar allicht ook daarbuiten is dat het Europese recht – als uiting van de Europese economische identiteit⁶ – vrije mededinging nooit als *doelstelling* heeft geponeerd, doch slechts als *instrument* om andere en “nobeler” doelen (duurzame ontwikkeling, welzijn, regionale ontwikkeling, milieubescherming, volksgezondheid...) te verwezenlijken. Zo stond het steeds in de Europese verdragen en zo is het nog altijd. Weliswaar heeft het verdrag van Lissabon de verwijzing naar vrije mededinging verbannen uit het verdrag over de werking van de Europese Unie (VWEU) naar een protocol bij dat verdrag, maar ten gronde verandert dat niets: het protocol heeft dezelfde rechtskracht als het vroegere verdragsartikel.⁷ De verdragswijziging in Lissabon kwam er overigens na een interventie van de Franse president die – de ironie ten top – naar het sociale Europa verwees maar in werkelijkheid de lobbying van Franse multinationals en monopolisten beloofde: niet consumenten maar producenten vreezen toepassing van het mededingingsrecht.

Ter ontkrachting van hardnekkige vooroordelen (“mededingingsrecht” als “poenrecht”) is het volgende essentieel: *meer mededingingsrecht betekent niet noodzakelijk meer ongebreidelde mededinging of meer vrije markt*. Veeleer is het tegendeel waar: hoe minder mededingingsrecht, hoe meer vrijheid voor operatoren op de markt om, zonder dreiging van boetes of schadevorderingsacties, consumenten of overheden te benadelen. Onderwees professor Cousy trouwens al niet dat ons mededingingsrecht geen absolute maar een werkzame (*balanced*) vrije mededinging beoogt? Correcties, ook sociale correcties, zijn via het systeem van excepties en exempties (vrijstellingen) ingebouwd in zowat elke tak van het mededingingsrecht en voor diensten van algemeen economisch belang wordt

mededinging 1996, 665-683 (met annotatie B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, *l.c.*, 683-691). Het arrest werd overigens verbroken (Cass. 13 maart 1998, *Arr.Cass.* 1998, 142).

⁵ *Infra*, vn. 24.

⁶ Hierover W. DEVROE en P. VAN CLEYNENBREUGEL, “Observations on economic governance and the search for a European economic constitution” in D. SCHIEK, U. LIEBERT en H. SCHNEIDER (eds.), *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 95-120.

⁷ Het maakt de zaken alleen hopeloos ingewikkeld: wat vroeger de “doctrine van gecombineerde toepassing van artikelen 3, sub g, 10 en 81-82 EG-verdrag” was (*infra* vn. 16), wordt nu de “doctrine van gecombineerde toepassing van protocol nr. 27 bij het verdrag over de werking van de Europese Unie (VWEU), artikel 4, lid 3, van het verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en artikelen 101-102 VWEU”. Of hoe het verdrag van Lissabon Europa dichter bij de burger brengt.

zorg gedragen. Zo bekeken, staan milieuzorg, recht op kwaliteitsvolle zorg, recht op toegang tot een basispakket van bancaire en verzekeringsdiensten... en mededingingsrecht niet tegenover elkaar. Minstens kunnen zij met elkaar worden verzoend, en wel volgens een hiërarchie waarbij de “nobeler” doelen primeren.

Tweede wezenskenmerk, indertijd eveneens onderwezen door professor Cousy: een volledig uitgebouwd mededingingsrecht telt vijf onderdelen en ja, zij vinden allemaal onverminderd toepassing in de verzekeringssector. Van belang vind ik vooral dat de vijf takken van het mededingingsrecht niet geïsoleerd maar in samenhang moeten worden beschouwd. Zij kunnen veelal samen worden toegepast.

Particulieren kunnen de concurrentie vervalsen door onderling afspraken te maken of hun gedragingen op elkaar af te stemmen. Op dergelijke kartelafspraken en onderling afgestemde feitelijke gedragingen past artikel 101 VWEU de techniek van het principieel verbod toe, met mogelijkheid tot groepsvrijstelling (waarvan, zoals aangegeven, gebruik wordt gemaakt in de verzekeringssector) of exceptie, voorheen individuele vrijstelling. Een recente toepassing die het belang van de verzekeringssector ver overtrof, biedt het arrest *Manfredi* van 13 juli 2006.⁸ Zozeer associëren wij dit arrest met het leerstuk van de private afdwining van mededingingsrecht, dat we dreigen te vergeten dat aan het arrest een procedure ten grondslag lag die de Italiaanse mededingingsautoriteit had aangespannen tegen verzekeringsmaatschappijen die verdacht werden van afspraken over koppelverkoop en ongeoorloofde informatie-uitwisseling.

Ten tweede kunnen marktdeelnemers hun monopolie- of machtspositie misbruiken. Artikel 102 VWEU verzet zich niet tegen de organische groei van ondernemingen of tegen het bekleden van economische machtsposities op zich, maar verbiedt wel artificiële misbruiken van dergelijke machtsposities. Ten derde wordt preventief getracht later misbruik van machtspositie te voorkomen door te verbieden dat ondernemingen op kunstmatige wijze samensmelten tot te machtige gehelen. De controle op concentraties van ondernemingen wordt op Europees niveau beheerst door de concentratieverordening.⁹ Voorbeelden van concentraties in de verzekeringssector zijn legio.¹⁰

⁸ HvJ 13 juli 2006, C-295/04 tot C-298/04, *Vincenzo Manfredi / Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04) en anderen, *Jur.* 2006, I, 6619.

⁹ Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de ‘EG-concentratieverordening’), *Pb.*, L 24/1, 29 januari 2004.

¹⁰ Tussen januari en juli 2011 alleen al behandelde de Commissie minstens twaalf aanmeldingen van concentraties met een communautaire dimensie (d.w.z. die voldoende groot en grensoverschrijdend zijn om door de Commissie te worden onderzocht) die specifiek de verzekeringssector betroffen, en dit in een voor fusies en overnames nog steeds negatief economisch klimaat. Zie zaken M.6053, M.6110, M.6125, M.6138, M.6139, M.6168, M.6173, M.6181, M.6186, M.6217, M.6259, M.6275 (details beschikbaar op ec.europa.eu/competition). Zie voor een voorbeeld van een Belgische concentratiebeslissing in de verzekeringssector: Beslissing nr. 2005 – C/C – 01 van 10 januari 2005, zaak MEDE – C/C – 04/0074: SA Amodo / BV Zwolsche Algemeene Europa en NV Allianz Nederland Groep / NV ZA Verzekeringen, beschikbaar via economie.fgov.be.

Het recht over steunmaatregelen, hoofdzakelijk vervat in de artikelen 107 en 108 VWEU wil voorkomen dat de mededinging zou worden vervalst door overheidssteun aan particulieren. De recente crisis in de financiële sector en de “echte” economie leverde helaas ook van de toepasselijkheid van deze tak binnen de verzekeringssector voldoende voorbeelden op. Te denken valt aan de redding van Ethias¹¹ of de aangepaste normering van exportkredietverzekering.¹²

Ten slotte gelden speciale bepalingen voor publieke ondernemingen en ondernemingen met uitsluitende (lees: monopolie-) of bijzondere rechten. Krachtens artikel 106 VWEU zijn deze ondernemingen onderworpen aan de normale bepalingen, maar ze kunnen een afwijking krijgen indien ze “diensten van algemeen economisch belang” verrichten.

Derde wezenskenmerk lijkt me de nauwe samenhang tussen mededingingsrecht en interne marktrecht. Wanneer het Hof van Justitie in 1986 in het “Duitse verzekeringsarrest”¹³ – nog zo’n begrip voor wie in het juiste tijdperk de colleges handels- en economisch recht volgde – oordeelt dat het eisen van een vestiging, soms zelfs van een vergunning door het gastland de negatie vormt van het recht op vrije dienstverlening door verzekeringsondernemingen, bevordert het Hof in wezen ook de mededinging op die Europese markt. Omgekeerd vrijwaart het Hof via een arrest als *Manfredi* niet slechts de vrije mededinging maar ook de interne markt: het mededingingsrecht beschermt immers niet slechts de belangen van consumenten en concurrenten maar wil ook verhinderen dat ondernemingen of natuurlijke personen het werk dat de politici de afgelopen zestig jaar verrichtten om grenzen te slopen, onderuit zouden halen. Dit zou met name het geval zijn wanneer particulieren, nu de interne markt (grotendeels, het werk is niet af) eindelijk is gerealiseerd, via marktverdeling opnieuw en kunstmatig grenzen zouden creëren.

Het hoeft dus niet te verbazen dat interne markt- en mededingingsrecht vaak samen worden toegepast in één zaak, in één arrest.¹⁴ Klassiek gold daarbij als onderscheid dat het interne marktrecht lidstatelijk, en het kartelrecht ondernemingsgedrag beteugelt. Eén van de interessante evoluties van de laatste jaren is de

¹¹ Verzekeraar *Ethias*, hard getroffen door de financiële crisis, kon met akkoord van de Europese Commissie van 12 februari 2009 (*Pb.*, C 176/1, 29 juli 2009) genieten van een kapitaalinjectie van € 1,5 miljard door de overheid bij wijze van reddingssteun. De Commissie oordeelde dat de steun tot een minimum beperkt bleef en dat *Ethias* een passende vergoeding zou betalen, in de vorm van een preferent recht voor de overheid op de toekomstige winst. Zie ook P. WYTINCK en B. HOORELBEKE, “Kroniek van het Europese Mededingingsrecht (1^{ste} trimester 2009)”, *TBM* 2009/2, 89.

¹² Mededeling van de Commissie aan de lidstaten ingevolge art. 93, lid 1, van het EG-verdrag inzake toepassing van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag op kortlopende exportkredietverzekering, *Pb.*, C 281/4, 17 september 1997.

¹³ HvJ 4 december 1986, 205/84, *Commissie/Duitsland*, *Jur.*, 3755.

¹⁴ Het arrest *Kattner*, *infra* vn. 33, vormt een goede illustratie.

erosie van dit onderscheid, doordat interne marktrecht steeds vaker horizontaal, tussen particulieren, wordt ingeroepen¹⁵ terwijl kartelrecht via de “doctrine van gecombineerde toepassing”¹⁶ op lidstatelijke regulering wordt toegepast.

Vierde wezenskenmerk lijkt me het hechte (hechter dan in andere onderdelen van het recht) partnerschap tussen het recht van de Europese Unie en de EU-instellingen enerzijds, en het nationale recht en de nationale instellingen anderzijds. Geen van beide niveaus kan nog ageren zonder het andere. Overeenkomsten, gedragingen, beslissingen en transacties die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden, ressorteren zoals bekend onder primaire of secundaire EU-wetgeving. Is er geen (potentiële) beïnvloeding van de interstatenhandel, dan vindt nationaal recht toepassing maar ook dat is grotendeels geïnspireerd door, of zelfs gekopieerd van, het EU-recht. Bovendien kan en moet EU-recht ook worden toegepast door nationale mededingingsautoriteiten en rechtscolleges. Mededingingsrecht kan dus supranationaal of nationaal van aard zijn. Bovendien kan het worden toegepast door:

- zowel supranationale (Europese Commissie, Gerecht van de Europese Unie – “Gerecht”, Hof van Justitie) als nationale (nationale rechtscolleges, nationale mededingingsautoriteiten) instellingen;
- zowel administratieve (Europese Commissie, nationale mededingingsautoriteiten) als rechterlijke instanties (nationale of supranationale rechtscolleges).

Mede omwille van de rechtstreekse werking van het overgrote deel van de relevante VWEU-verdragsbepalingen, passen de verschillende soorten instellingen op de verschillende niveaus de verschillende soorten recht dikwijls parallel toe. Dit maakt het mededingingsrecht, niet in het minst vanuit een oogpunt van rechtsbescherming, fascinerend maar ook complex, met groot risico op rechtsconflicten.

¹⁵ HvJ 12 december 1974, 36/74, *Walrave en Koch / Association Union Cycliste internationale*, Jur., 1405; HvJ 15 december 1995, C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL en anderen / Jean-Marc Bosman*, Jur., I, 4921; HvJ 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, C. Delière, Jur. H.v.J. 2000, I-2549; HvJ 11 december 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation en Finnish Seamen's Union / Viking Line ABP en anderen*, Jur., I, 10779; HvJ 18 december 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd / Svenska Byggnadsarbetareförbundet en anderen*, Jur., I, 11767.

¹⁶ Vaste rechtspraak definieert deze doctrine als volgt: “Artikel [101 VWEU] heeft weliswaar als zodanig slechts betrekking op het gedrag van ondernemingen en niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de Lid-Staten, maar dit artikel, gelezen in samenhang met artikel [4, lid 3 van het Verdrag over de Europese Unie], verplicht de Lid-Staten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, te nemen of te handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Dit zou met name het geval zijn, wanneer een Lid-Staat het tot stand komen van met artikel [101] strijdige mededingingsregelingen begunstigt dan wel de werking ervan verstrekt, of aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen.”

Als de termen *multilevel law* en *multilevel governance*, ondertussen helaas uitgehold door overmatig gebruik, ergens toepassing vinden dan is het wel hier, met “modernisering” als centraal concept. “Modernisering” slaat op veel meer dan Moderniseringsverordening 1/2003¹⁷ en houdt in dat (a) marktmacht het determinerend criterium is geworden doorheen alle takken van het kartelrecht en (b) de Commissie alle in haar ogen onbeduidend of routinematig werk zoveel mogelijk heeft afgestoten en/of doorgeschoven naar andere (nationale) instellingen – weliswaar met uitvaardiging van begeleidende richtsnoeren – zodat zij zelf zich kan concentreren op wat ze prioritair acht. Dat dubbele motief heeft sinds 2001 achtereenvolgens o.m. geïnspireerd: hervorming van het *de minimis*-regime, invoering van een nieuw stelsel van groepsvrijstellingen, Moderniseringsverordening 1/2003, en de houding van de Commissie tegenover nevenrestricties (*ancillary restraints*). Ook de hervorming van het staatssteunrecht volgens een in 2005 aangenomen *State aid action plan* waarbij een meer economische benadering van staatssteun centraal staat, past in deze modernisering.

Als laatste wezenskenmerk beschouw ik de laboratoriumfunctie die het mededingingsrecht vervult binnen het recht van de Europese Unie (EU): oplossingen, met name op het vlak van rechtsbescherming, worden regelmatig “uitgetest” binnen het mededingingsrecht en vervolgens uitgebreid tot andere domeinen van het Europese, soms ook nationale, recht.¹⁸ Het leerstuk van aansprakelijkheid van particulieren wegens schending van EU recht, zoals ontwikkeld in de arresten *Courage*¹⁹ en *Manfredi* – en eigenlijk eerder al door advocaat-generaal VAN GERVEN in *Banks*²⁰ – illustreert dit mooi. Het Hof van Justitie heeft aanvaard dat nationale rechtssystemen niet *a priori* mogen uitsluiten dat particulieren, zelfs indien ze partij waren bij illegale (want met het kartelverbod strijdige) overeenkomsten, andere particulieren aansprakelijk stellen wegens schending van Europees mededingingsrecht. *Banks*, *Courage* en *Manfredi* zijn allemaal mededingingszaken, maar het staat in de sterren geschreven dat dit principe later zal worden uitgebreid naar andere domeinen van EU-recht.

¹⁷ Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb., L 1/1, 4 januari 2003.

¹⁸ W. DEVROE, “Challenges for Economic Governance and Economic Law in Europe”, *Maas-tricht Journal of European and comparative Law* 2003, 335-344.

¹⁹ HvJ 20 september 2001, C-453/99, *Courage Ltd / Bernard Crehan e.a.*, Jur. 2001, I, 6297, r.o. 26-27, 31, 33, 36.

²⁰ Concl. Adv. Gen. Van Gerven van 27 oktober 1993 bij HvJ C-178/97, *H. J. Banks & Co. Ltd / British Coal Corporation*, Jur. 1994, I, 1209, r.o. 36 e.v.

2. TEKORTKOMINGEN EN UITDAGINGEN IN HET MEDEDINGINGSRECHT DIE VERZEKERINGSJURISTEN KUNNEN BOEIEN

2.1. IN EEN NOTENDOP

Als het bovenstaande de indruk wekt een lofrede te vormen op het mededingingsrecht dan verdient die zeker correctie. Naast de sterke punten zijn er ook meerdere tekortkomingen in het mededingingsrecht, of liever in de wijze waarop Commissie, Gerecht en Hof van Justitie dat recht toepassen. Te denken valt aan de wijze waarop het ondernemingsbegrip wordt ingevuld (alleen daarop wordt hierna ingegaan), het feit dat de doctrine van gecombineerde toepassing niet werkt omdat op te lidstaatvriendelijke wijze invulling wordt gegeven aan de toepassingscriteria (de arresten *Meng*²¹ en *Ohra Schadeverzekeringen*²² vormen voorbeelden uit de verzekeringssector), de weigering om, tegen de letter van het verdrag in, steun die niet met staatsmiddelen word bekostigd als staatssteun te kwalificeren, het gebrek aan definitie van “diensten van algemeen belang” ... Meest controversieel momenteel zijn de wijze waarop met name het Gerecht (marginale?) controle uitoefent op de huizenhoge boetes ter beteugeling van kartelovertreedingen en de aansprakelijkheid van ondernemingsgroepen voor overtreedingen begaan door een (klein)dochter (*parental liability*).

Van de tekortkomingen vallen m.i. de uitdagingen te onderscheiden. De gestage opkomst van private afdwinging (*private enforcement*) vormt ongetwijfeld één van de belangrijkste uitdagingen.²³ Hetzelfde geldt voor globalisering, die positieve en neutrale gevolgen heeft maar ook het risico inhoudt dat een kloof groeit tussen enerzijds de schaal van entiteiten waarop toegezien wordt, en anderzijds de schaal van de toezichthouders. De schaal van de ondernemingen waarop moet worden toegezien groeit gestaag, zowel door regionale integratie en globalisering van de wereldeconomie als door technologische evoluties (zoals de convergentie tussen telecom en andere vormen van elektronische communicatie). De schaal van de entiteiten die toezicht moeten houden, groeit echter niet mee. Integendeel, steeds meer versplinteren we ons toezicht, in het bijzonder het toezicht op vrije mededinging. We ‘decentraliseren’ het toezicht en creëren aparte toezichthouders voor de verschillende beleidsniveaus in onze federale staat. We creëren ook voor immer meer sectoren (telecom, energie, media, financiële tussenpersonen...)

aparte toezichthouders die mee de vrije mededinging moeten helpen waarborgen. Proliferatie van toezichthouders houdt gevaren in. Als steeds meer toezichthouders deels hetzelfde doen, kan dit leiden tot ongewenste vormen van ‘forum shopping’, tijd- en geldverlies in hoofde van alle betrokken partijen – inclusief de overheid en de samenleving in het algemeen – en tot conflicten tussen toezichthouders. Het gevaar voor conflicterende beslissingen en voor rechtsonzekerheid groeit. Fundamenteler nog is het gevaar dat deze “proliferatie van toezichthouders” de relatieve macht van die toezichthouders dreigt te doen afnemen. Hoe meer versnipperd het toezicht, hoe minder efficiënt het dreigt te worden, een deel van de energie en het geld dreigt zelfs verloren te gaan in onderlinge strijd tussen toezichthouders ter afbakening van de eigen bevoegdheid en prerogatieven. De kloof waarvan hoger sprake dreigt daardoor nog groter te worden. Mede in het besef dat een deel van de onvrede van de andersglobalisten hier zijn oorsprong vindt, is het zaak deze kloof te dichten. Enige mate van coördinatie of van hiërarchisering lijkt aangewezen om efficiënte marktwerking te bevorderen.

Andere uitdagingen waarmee het mededingingsrecht nu wordt geconfronteerd, vormen o.m. de mogelijke criminalisering van dat recht (invoeren van strafsancities), het in praktijk doen functioneren van het partnerschaps- en moderniseringsmodel waarvan hoger sprake, het zoeken van een evenwicht tussen consistent nationaal procedure- en aansprakelijkheidsrecht enerzijds en efficiënt EU-mededingingsrecht (o.m. over private afdwinging) anderzijds, en het vinden van een evenwicht tussen *out-of-court*, deels onderhandelde, afhandeling van geschillen via technieken als verbintenissen (*commitments*), schikkingen (*settlements*) en clementie (*leniency*) enerzijds en het behoud van een voldoende afschrikwekkend effect van sancties (boetes) anderzijds.

2.2. UITGELICHT: OOK SOCIALE ZEKERHEID ZOU ONDER HET MEDEDINGINGSRECHT MOETEN RESSORTEREN

De hoger besproken wezenskenmerken, tekortkomingen en uitdagingen gelden allemaal ook voor de verzekeringssector maar niet *alleen* voor de verzekeringssector. Nochtans valt ter illustratie steeds wel een casus, beslissing of arrest te vinden dat verzekeringen betreft. Een tekortkoming die volgens mij het domein van de sociale verzekeringen wel erg rechtstreeks raakt, betreft de weigering van Commissie, Gerecht en Hof, daarin gesteund door eminente verzekeringsjuristen²⁴, om sociale zekerheid onder het toepassingsgebied van het mededingings-

²¹ HvJ 17 november 1993, C-2/91, *Strafzaak tegen W.W. Meng*, *Jur.*, 1993, I-5751.

²² HvJ 17 november 1993, C-245/91, *Strafzaak tegen Ohra Schadeverzekeringen*, *Jur.*, 1993, I-5851.

²³ Wederom ontbreekt hier de plaats voor nadere toelichting, ik verwijs derhalve naar T. SCHOORS, T. BAËYENS en W. DEVROE, “Schadevergoedingsacties na kartelinbreuken”, *NJW* 2011, 198-213.

²⁴ Voor zover ik kan nagaan, is deze houding bij anderen meer uitgesproken dan bij H. COUSY. Zie bijv. de appreciatie van het (*infra*, in vn. 33 geciteerde) arrest *Kattner* bij J.-M. BINON, “Chronique de droit européen – assurance et responsabilité (janvier 2008 – juillet 2009)”, *RGAR* 2009, 14540, randnr. 16: “Cet arrêt, parfaitement conforme à une ligne jurisprudentielle aujourd’hui bien établie, vient rappeler, sans doute à bon escient en ces temps tourmentés où les failles d’une conception parfois trop confiante dans les vertus du libéralisme économique et

recht te brengen. Omdat deze weigering zo tekenend is voor de m.i. ten onrechte gepercipieerde tegenstelling tussen “het sociale Europa” en “mededingingsrecht” ga ik er graag nader op in.

2.2.1. Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht en de eerste component ervan (“entiteit”)

Ter definitie van het begrip “onderneming” in het mededingingsrecht hanteren het Hof van Justitie, het Gerecht en het Hof van Cassatie een functionele benadering, waarbij de uitgeoefende activiteit primeert op de gekozen juridische vorm.²⁵ Bepalend is de activiteit, niet de al dan niet vennootschapsrechtelijke vorm waarin deze wordt uitgeoefend. Maatgevend nu is de definitie van een onderneming in het mededingingsrecht als “elke entiteit [...] die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van die entiteit en de wijze waarop zij wordt gefinancierd” waarvoor Gerecht en Hof stevast terugverwijzen naar het arrest *Höfner en Elser* uit 1991.²⁶ Deze definitie bevat twee componenten die wel bepalend zijn (entiteit, economische activiteit) en twee factoren die irrelevant zijn (rechtsvorm, wijze van financiering).

Reeds de eerste component is problematisch, niet in het minst voor verzekerings-tussenpersonen. Vormt de verzekeringsagent een onderdeel van de opdrachtgever voor wie hij werkt, of een zelfstandige onderneming? Dit hangt af van de mate van zelfstandigheid van de agent. Als “entiteit” geldt immers elke “unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen, welke op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft”. Vraag is welke mate van zelfstandigheid precies wordt vereist opdat een dochteronderneming of uitvoeringsagent niet als aparte entiteit maar als onderdeel van de moederonderneming respectievelijk de principaal zou worden beschouwd.

financier sont apparues au grand jour, que l'emprise des règles européennes de la libre concurrence et du marché intérieur s'arrête aux portes de la solidarité sociale qu'incarnent les régimes d'assurance publique mus par une politique de redistribution censée permettre l'accès de tous, à des conditions abordables, à une couverture d'assurance contre des risques intrinsèquement liés à la vie professionnelle” (eigen cursivering). Juist omdat ik de zorg om toegankelijkheid deel, ben ik het volstrekt oneens met de onderliggende passage en de hier uitgeschreven appreciatie voor het arrest.

²⁵ Zie Concl. Adv. Gen. Jacobs van 22 mei 2003 bij HvJ C-264/01, C-306/01 en C-355/01, AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen eV, Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft en See-Krankenkasse / Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & CO, Jur. 2004, I, 2493, r.o. 25. Zie voorts V. LOUR, “An undertaking as jurisdictional element for the application of EC competition rules, *Legal Issues of Economic Integration* 2002, 146; O. ODUDU, “The meaning of undertaking within 81 EC” in CENTRE FOR EUROPEAN LEGAL STUDIES (ed.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Oxford, Hart, 2005, 212.

²⁶ HvJ 23 april 1991, C-41/90, Klaus Höfner en Fritz Elser / Macrotron, Jur. 1991, I, 1979.

Het mededingingsrecht heeft hoofdzakelijk oog voor de economische realiteit, niet voor de juridische vormgeving daarvan. Eén “entiteit” en dus één onderneming vanuit het oogpunt van mededingingsrecht kan dus bestaan uit meerdere natuurlijke of rechtspersonen.²⁷

De gevolgen zijn in ieder geval enorm. Bestaat eenheid tussen moeder en dochter of tussen principaal en agent dan genieten hun onderlinge (intragroeps) overeenkomsten immuniteit onder het kartelverbod, want men kan geen overeenkomst sluiten met zichzelf. Daar staat tegenover dat, met name wanneer moederondernemingen aansprakelijk worden gesteld voor overtredingen van hun (klein)dochterondernemingen (*parental liability*), eventuele kartelboetes zullen worden berekend op de omzet van de eenheid en dus fors hoger kunnen uitvallen. Ook het risico op boeteverzwaring wegens recidive groeit dan, terwijl bij wijze van private afdwinging ingestelde schadevergoedingsacties aanlokkelijker worden.²⁸

2.2.2. De tweede component van het ondernemingsbegrip: “economische activiteit”

Er zijn in de rechtspraak van het Hof van Justitie twee met elkaar conflicterende tendensen aanwezig die allebei geldend recht uitmaken (ze komen aan bod *infra*). Het is m.i. belangrijk dit te durven inzien, en niet naar een kunstmatige verzoening van beide tendensen te willen zoeken.

Het verschil tussen beide lijnen van rechtspraak heeft geen gevolgen voor de kwalificatie van private verzekeringsondernemingen of -tussenpersonen. Het Hof heeft in beginsel immers geen enkel probleem om financiële dienstverlening als economische activiteit aan te merken.²⁹ Het verschil heeft echter belangrijke gevolgen voor activiteiten van sociale zekerheid.

Volgens de eerste tendens in de rechtspraak zijn bepaalde activiteiten *per se* niet economisch omdat het Hof van Justitie dat zo zegt. Welke activiteiten dit zijn, valt niet met enige zekerheid te voorspellen. Het is zoals met de definitie van “dwin-

²⁷ HvJ 1 juli 2010, C-407/08 P, *Knauf Gips / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* maar zie www.eur-lex.europa.eu, r.o. 64; Ger. 27 oktober 2010, T-24/05, *Alliance One International, Inc., vooreen Standard Commercial Corp. e.a. / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* maar zie www.eur-lex.europa.eu, r.o. 122.

²⁸ Zie uitgebreid S. DE DIER en W. DEVROE, “Werking en einde van agentuur- en distributieovereenkomsten: mededingingsrechtelijke analyse” in P. NAEYAERT en E. TERRY (eds.), *Beëindiging van overeenkomsten met handelstussenpersonen*, Brugge, die Keure, 2009, 481-526.

²⁹ HvJ 24 september 2009, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, *Erste Group Bank AG (C-125/07 P)*, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG (C-133/07 P)*, *Bank Austria Creditanstalt AG (C-135/07 P)* en *Österreichische Volksbanken AG (C-137/07 P) / Commissie*, Jur. 2009, I, 8681; HvJ C-222/04, *Cassa di Risparmio*, reeds geciteerd, r.o. 123; Ger. 7 juni 2006, T-213/01 en T-214/01, *Österreichische Postsparkasse AG en Bank für Arbeit und Wirtschaft AG / Commissie*, Jur. 2006, II, 1601; Ger. 27 september 2006, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-60/02 OP en T-61/02 OP, *Dresdner Bank AG e.a. / Commissie*, Jur. 2006, II, 3567.

gende redenen van algemeen belang” in het interne marktrecht: voorspellen of een welbepaald nobel doel (verkeersveiligheid, stabiliteit van het financieel stelsel...) als dwingende reden van algemeen belang kan gelden om restrictieve maar niet discriminerende nationale maatregelen kan rechtvaardigen, is een bepaald hachelijke onderneming. Het Hof kent zichzelf in dat verband veel vrijheid toe.

Vooralsnog oordeelt het Hof van Justitie dat hoofdzakelijk twee categorieën activiteiten *per se* niet economisch van aard zijn: activiteiten die behoren tot “de imperiumbevoegdheid van de overheid” en activiteiten van zuiver sociale aard, in het bijzonder sociale zekerheid (*infra*).

Wanneer de overheid economische activiteiten verricht, dient zij in beginsel de mededingingsregels te respecteren. Handelt de overheid, in welke verschijningsvorm dan ook, daarentegen in het kader van typische overheidsprerogatieven, dan kan het Hof van Justitie beslissen dat het economisch karakter van de activiteit ontbreekt, zodat wat de overheid doet niet onder het mededingingsrecht ressorteert.³⁰ Deze rechtspraak vereist niet dat een activiteit essentieel of onontbeerlijk is om de bevoegdheid van openbaar gezag uit te oefenen. Het volstaat dat de activiteit “verband houdt met” de typische taken van de overheid.³¹

Het verlenen van advies met betrekking tot vergunningsaanvragen voor de organisatie van sportwedstrijden, milieu-inspectieactiviteiten in een oliehaven en luchtverkeerscontrole heeft het Hof aldus als typische imperiumbevoegdheden erkend. Om dezelfde reden werd een concessieovereenkomst over lijkbezorging, gesloten tussen gemeenten en private entiteiten, geacht buiten het toepassingsgebied van het principiële kartelverbod van artikel 101 VWEU te vallen.

Men merke op dat de – door de Europese regelgever en hoven niet gedefinieerde – notie “activiteiten in de uitvoering van de imperiumbevoegdheid van de overheid” niet samenvalt met de – evenmin gedefinieerde – notie “diensten van algemeen economisch belang” uit artikel 106, lid 2 VWEU. Terwijl het eerste soort activiteiten niet onderworpen is aan de mededingingsregels, is de tweede categorie daaraan in beginsel wel onderworpen (art. 106, lid 1 VWEU) maar kan ze een afwijking bekomen in de mate dit de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde dienst van algemeen belang ernstig bemoeilijkt (“verhindert” staat in het verdrag maar het Hof heeft dit vereiste wat milder geïnterpreteerd).

³⁰ HvJ 16 juni 1987, 118/85, *Commissie / Italië*, Jur. 1987, 2599, r.o. 7-8; HvJ 30/87, *Bodson*, reeds geciteerd, r.o. 18; HvJ 18 maart 1997, C-343/95, *Diego Cali & Figli / Servizi ecologico porto di Genova*, Jur. 1997, I, 1547, r.o. 16-17 en 23.

³¹ HvJ 26 maart 2009, C-113/07 P, *Selex Sistemi Integrati SpA / Commissie*, Jur. 2009, I, 2207, r.o. 79.

Een tweede uitzondering, terug te vinden in arresten als *Poucet et Pistre*³² of recenter *Kattner*³³, betreft sociale zekerheidsregelingen. Sociale zekerheid maakt volgens het Hof van Justitie geen economische activiteit uit. Om te bepalen of een regeling tot het domein van de sociale zekerheid dan wel tot dat van de private verzekering behoort, primeert het solidariteitsbeginsel, terwijl voorts rekening kan worden gehouden met het sociale doel en de mate van overheidstoezicht. Volgens vaste rechtspraak volstaat het sociaal doel nochtans niet om de economische aard van de activiteiten uit te sluiten.³⁴ Belangrijker zijn de mate waarin uitvoering wordt gegeven aan het solidariteitsbeginsel en de mate van overheidstoezicht.³⁵ Dat laatste bepaalt in hoeverre een entiteit zelfstandig zijn marktpositie kan bepalen. Het solidariteitsbeginsel komt onder meer tot uitdrukking in de financieringsvorm van het stelsel (repartitie of kapitalisatie, strikte kapitalisatie laat minder ruimte voor solidariteit) en in het algemeen het directe of indirecte karakter van de band tussen uitkeringen en bijdragen (hoe directer de band, hoe kleiner de solidariteit; sociale zekerheid vereist uitkering in functie van noden en niet slechts in functie van bijdragen), en de al dan niet verplichte aansluiting bij het stelsel (om negatieve risicoselectie tegen te gaan vereist sociale zekerheid in regel verplichte aansluiting).³⁶

In *Poucet et Pistre* bestempelde het Hof “een systeem van verplichte aansluiting” als “onmisbaar ... voor de toepassing van het solidariteitsbeginsel en voor het financiële evenwicht van die stelsels”.³⁷ Het mag dan ook niet verbazen dat

³² HvJ 17 februari 1993, C-159/91 en C-160/91, *Christian Poucet / Assurances générales de France en Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, Jur. 1993, I, 637, r.o. 18-19.

³³ HvJ 5 maart 2009, C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH / Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft*, Jur. 2009, I, 1513.

³⁴ HvJ 21 september 1999, C-67/96, *Albany International BV / Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Jur. 1999, I, 5751, r.o. 86; HvJ C-180/98 tot C-184/98, *Pavlov*, reeds geciteerd, r.o. 118; HvJ 22 mei 2003, C-355/00, *Freskot AE / Elliniko Dimosio*, Jur. 2003, I, 5263, r.o. 77; HvJ 22 januari 2002, C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas / Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, Jur. 2002, I, 691, r.o. 37; HvJ 5 maart 2009, C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH / Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft*, Jur. 2009, I, 1513, r.o. 42; HvJ 3 maart 2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance / Beaudot Père et Fils*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* maar zie www.eur-lex.europa.eu.

³⁵ Adv. Gen. Mengozzi, concl. van 11 november 2010 bij HvJ C-437/09, *AG2R Prévoyance / Beaudot Père et Fils*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* maar zie www.eur-lex.europa.eu, r.o. 68.

³⁶ Deze voorwaarden zijn niet cumulatief. HvJ 16 maart 2004, C-264/01, *AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen eV, Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft en See-Krankenkasse / Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co*, Jur. 2004, I, 2493, r.o. 56. Zie verder ook: HvJ C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, reeds geciteerd, r.o. 18-19; HvJ 16 november 1995, C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) en anderen / Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, Jur. 1995, I, 4013, r.o. 17; HvJ 5 maart 2009, C-350/07, *Kattner*, reeds geciteerd, r.o. 43; L. GYSELEN, “L'applicabilité des règles de concurrence communautaires à des régimes de protection sociale” in M. DONY (ed.), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, II, Brussel, Bruylant, 1999, 1075.

³⁷ HvJ C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, reeds geciteerd, r.o. 13.

activiteiten binnen zogenaamde “eerste pijler” sociale zekerheidsregelingen als niet economisch worden bestempeld³⁸, terwijl aanvullende stelsels uit de tweede pijler als economisch werden aangemerkt.³⁹

Wederom dient de autonomie van artikel 106 VWEU te worden benadrukt: een als economisch aangemerkte activiteit kan nog steeds aan sanctionering ontsnappen via kwalificatie als “dienst van algemeen economisch belang” volgens artikel 106, lid 2 VWEU.⁴⁰

Gelukkig is er in de rechtspraak van het Hof van Justitie ook een andere tendens, volgens welke “onder een economische activiteit wordt verstaan iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt”.⁴¹

Zo bekeken zijn sociale zekerheid, controle op vervuiling in havens en luchtverkeerscontrole wél economische activiteiten want zij kunnen worden (en worden, in lidstaten waar deze activiteiten vrijgemaakt en/of geprivatiseerd zijn) aangeboden op een markt volgens marktprincipes. Ondernemingen die deze activiteiten uitoefenen, krijgen volgens deze opvatting geen mededingingsrechtelijk vrijgeleide. Deze benadering definieert het toepassingsgebied van het mededingingsrecht zo ruim dat er rechtszekerheid bestaat over die toepassing. Er zijn immers maar weinig activiteiten die niet zouden kunnen worden aangeboden op een markt volgens marktprincipes – en dat aansluiting wordt gevonden bij de klassieke Europese benadering (ruim toepassingsgebied in combinatie met vrijstellingen).

Het is van belang te benadrukken dat deze tweede benadering niet minder sociaal of consumentvriendelijk is dan de eerste, en niet minder oog heeft voor andere dan louter economische belangen, wel integendeel.

Het arrest *Ambulanz Glöckner* kan dit illustreren.

³⁸ HvJ C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, reeds geciteerd, r.o. 18-19; HvJ C-355/00, *Freskot*, reeds geciteerd, r.o. 76-79; HvJ 22 januari 2002, C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas / Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, Jur. 2002, I, 691, r.o. 42-45; HvJ C-264/01, *AOK Bundesverband*, reeds geciteerd, r.o. 51-57; Ger. 4 maart 2003, T-319/99, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) / Commissie*, Jur. 2003, II, 357, r.o. 38-40; O. Czucz, “The difficult relationship between national health systems and EU competition rules” in H. KANNINEN, N. KORJUS en A. ROSAS (eds.), *EU competition law in context. Essays in honour of Virpi Tiili*, Oxford, Hart, 2009, 51 e.v.

³⁹ HvJ C-244/94, *FFSA*, reeds geciteerd, r.o. 17; HvJ 21 september 1999, C-67/96, *Albany International BV / Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Jur. 1999, I, 5751, r.o. 81-87; HvJ 21 september 1999, C-115/97 tot C-117/97, *Brentjens' Handelsonderneming BV / Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, Jur. 1999, I, 6025, r.o. 79-80; HvJ 21 september 1999, C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken BV / Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, Jur. 1999, I, 6121, r.o. 66-74.

⁴⁰ HvJ C-244/94, *FFSA*, reeds geciteerd, r.o. 20; HvJ C-67/96, *Albany*, reeds geciteerd, r.o. 86; A. WINTERSTEIN, “Nailing the jellyfish: social security and competition law”, *ECLR* 1999, 327.

⁴¹ HvJ C-35/96, *Commissie / Italië*, reeds geciteerd, r.o. 36; HvJ C-180/98 tot C-184/98, reeds geciteerd, r.o. 75; HvJ C-49/07, *MOTOE*, reeds geciteerd, r.o. 22.

Met de nodige federale licentie op zak, had firma *Ambulanz Glöckner* gedurende jaren niet-dringend ziekenvervoer verzorgd. Dit soort vervoer valt te onderscheiden van vervoer bij spoedgevallen. Toen de firma om hernieuwing van de licentie vroeg, was het vergunningsbeleid geregionaliseerd. In de regio Rheinland-Pfalz was een wet aangenomen volgens welke vergunning moest worden geweigerd indien “het algemeen belang van de operationele eerstehulpdienst”⁴², de dienst dus die vervoer bij spoedgevallen verzekert, daardoor zou worden geschaad. Bedoeling was om onbenutte capaciteit van ambulances van eerstehulpdiensten te vermijden. Omdat in de praktijk nieuwe vergunningen voor niet-dringend ziekenvervoer systematisch werden geweigerd, kregen de eerstehulpdiensten een *de facto* monopolie voor alle vormen van ziekenvervoer, dringend of niet dringend. De vraag rees of zulk monopolie wel verenigbaar was met het mededingingsrecht.

Om die vraag te beantwoorden, ging het Hof van Justitie eerst – terecht – na of de activiteit van ziekenvervoer wel economisch is. Veeleer dan te oordelen of zelfs maar te onderzoeken of spoedgevallenvervoer geen imperiumbevoegdheid uitmaakt, oordeelt het Hof als volgt:

“Om te beginnen omvat het begrip onderneming, in de context van het mededingingsrecht, elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (zie arrest [...]), en wordt onder economische activiteit verstaan iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt (arrest [...]).

In het hoofdgeding verlenen de medische-hulpverleningsorganisaties tegen betaling door de gebruikers diensten op de markt voor vervoer van spoedgevallen en voor ziekenvervoer. Die activiteiten werden en worden niet altijd noodzakelijkerwijs door dergelijke organisaties of door overheidsinstanties verricht. Blijkens de stukken in het dossier verleende *Ambulanz Glöckner* in het verleden zelf beide soorten diensten. Een dergelijke dienstverlening is dus een economische activiteit voor de toepassing van de mededingingsregels van het verdrag.”⁴³

Deze redenering, inclusief de “*dus*” in de laatste zin, lijkt me de enige juiste. Wil deze redenering het algemeen belang en de leefbaarheid van het publiek initiatief (Rode Kruis) beknotten ten voordele van het privaat initiatief (privéfirma *Ambulanz Glöckner*) en de ongebreidelde liberalisering? Geenszins. Het volstaat de rest van het arrest te lezen. Geheel in lijn met de Europese aanpak (ruim toepassingsgebied en pas daarna toepassing van vrijstellingen), gaat het Hof nadat het bepaald heeft dat het mededingingsrecht van toepassing is op de markt van het ziekenvervoer, na welke tak van de recht hier toepassing kan vinden. Van verboden over-

⁴² HvJ 25 oktober 2001, C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner / Landkreis Südwestpfalz*, Jur. 2001, I, 8089, r.o. 65.

⁴³ HvJ C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, reeds geciteerd, r.o. 19-20.

eenkomsten is geen sprake, maar misbruik van een (collectieve) machtspositie valt niet uit te sluiten, aldus het Hof, en dit misbruik zou de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. In een derde beweging, nog steeds volgens de regels van de kunst, oordeelt het Hof echter dat, zelfs al zou er sprake zijn van misbruik van machtspositie en een effect op de interstatenhandel, de regeling van Rheinland-Pfalz in principe – het Hof laat het aan de nationale rechter om het principe toe te passen – gerechtvaardigd zou kunnen worden op grond van wat nu artikel 106, lid 2 VWEU is, over diensten van algemeen economisch belang:

“In dit verband kan niet worden betwist, dat de medische-hulpverleningsorganisaties zijn belast met een taak van algemeen economisch belang, bestaande in de verplichting dag en nacht in het gehele betrokken gebied het spoedvervoer van zieken of gewonden te verzekeren tegen eenvormige tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden inzake kwaliteit, zonder te letten op bijzondere situaties en op de economische realiteit van elke individuele verrichting.”⁴⁴

Men zou kunnen tegenwerpen dat het eindresultaat volgens de twee zagezegd conflicterende lijnen van rechtspraak toch identiek is. Of het Hof nu (a) het mededingingsrecht niet zou toepassen omdat dringend ziekenvervoer *per se* niet economisch is dan wel (b) zoals *in casu*, het mededingingsrecht wel van toepassing verklaart maar vervolgens een ‘vrijstelling’ verleent op grond van artikel 106, lid 2 VWEU, maakt weinig uit, zo zullen ze opwerpen, aangezien Ambulanz Glöckner uiteindelijk toch aan het kortste eind lijkt te trekken.

Het verschil in redenering én in uitkomst is echter enorm. Ten eerste zou enkel ingevolge de eerste redenering vaststaan dat Ambulanz Glöckner verliest. De tweede redenering – en dus het gewezen arrest – is veel verfijnder. *In casu* zal de regeling van Rheinland-Pfalz volgens het Hof maar gerechtvaardigd zijn “voor zover zij niet in de weg staat aan de afgifte van een vergunning aan onafhankelijke ondernemers in gevallen waarin vaststaat, dat de met het beheer van de eerste-hulpdienst belaste medische-hulpverleningsorganisaties kennelijk niet in staat zijn om te voldoen aan de vraag op het gebied van diensten voor vervoer van spoedgevallen en voor ziekenvervoer”, voor zover zij met andere woorden niet tot misbruik van machtspositie leidt. Van een vrijgeleide voor de publieke nooddienst is dus geen sprake. Bovendien bevat artikel 106, lid 2 VWEU (en andere ‘vrijstellings’-bepalingen in het verdrag, zoals art. 101, lid 3 VWEU) een proportionaliteitstoets, die vereist dat geen voor de vrije mededinging minder stringent alternatief voorhanden is. Bovenal heeft de tweede redenering het grote voordeel dat een rechter de kans heeft gekregen om de rechtsvraag te onderzoeken, wat niet het geval zou zijn geweest indien van bovenaf (vanaf de Kirchberg in Luxemburg) en zonder veel motivering zou zijn gedicteerd dat dringend ziekenvervoer een imperiumbevoegdheid (wat dat ook moge zijn) uitmaakt.

⁴⁴ HvJ C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, reeds geciteerd, r.o. 55.

3. MEDEDINGINGSRECHT IN DE VERZEKERINGSSECTOR, MÊT EEN SOCIAAL GELAAT

Bijna vijftientig jaar geleden oordeelde het Hof van Justitie dat het mededingingsrecht ook toepassing vindt binnen de verzekeringssector. Ofschoon dit nu vrij algemeen wordt aanvaard, lijkt het alsof er in de hoofden van eminente verzekeringsjuristen steeds een zeker wantrouwen is blijven bestaan tegenover toepassing van het mededingingsrecht in “hun” sector. Bewust of onbewust wordt mededingingsrecht geassocieerd met te veel vrije mededinging en marktdenken, en de sociale uitsluiting die daaruit kan voortvloeien. Vanuit die ingesteldheid wordt de rechtspraak van het Hof van Justitie toegejuicht die verklaart dat activiteiten van sociale zekerheid niet aan het mededingingsrecht zijn onderworpen.

Bedoelde rechtspraak past in één van twee conflicterende lijnen van rechtspraak over het mededingingsrechtelijk ondernemingsbegrip. Er bestaat duidelijkheid over dat, om als onderneming te kwalificeren en aldus aan het mededingingsrecht onderworpen te zijn, sprake moet zijn van een “entiteit” en van een “economische activiteit”. Over wat een “economische activiteit” uitmaakt, is de rechtspraak van het Hof echter verre van eenduidig. Volgens een eerste lijn in die rechtspraak zijn bepaalde activiteiten *per se* niet economisch omdat ze behoren tot de imperiumbevoegdheid van de overheid of omdat ze van zuiver sociale aard zijn. Volgens een tweede lijn van rechtspraak zijn alle activiteiten die op een markt volgens marktprincipes kunnen worden aangeboden economisch van aard. Het toepassingsgebied van het mededingingsrecht wordt op die manier veel groter.

Voor sociale zekerheid houdt het Hof momenteel de eerste lijn aan: activiteiten van sociale zekerheid worden geacht van zuiver sociale aard te zijn en dus buiten het mededingingsrecht te ressorteren.

Om verschillende redenen valt de tweede lijn van rechtspraak m.i. echter te verkiezen boven de eerste, wat betekent dat sociale zekerheid als economische activiteit aan het mededingingsrecht zou moeten onderworpen. De huidige rechtspraak is alleen al vanuit een oogpunt van rechtszekerheid minderwaardig, nu enkel het Hof kan bepalen welke activiteiten onder welke voorwaarden tot de imperiumbevoegdheid van de overheid behoren of van zuiver sociale aard zijn. Soms bepaalt het Hof overigens niets, en poneert het slechts vage beginselen waarvan het de toepassing – na een jaar of twee prejudiciële vraagstellingsprocedure – overlaat aan de nationale rechter die verduidelijking vroeg maar niet kreeg.

Vervolgens moet men zich goed rekenschap geven van de weinig consumentvriendelijke of sociale gevolgen van het aanmerken van een activiteit als niet economisch. Bedrijven die, bijvoorbeeld in het kader van een geprivatiseerde sociale zekerheid, een activiteit uitoefenen die het Hof van Justitie als *per se* niet economisch heeft bestempeld (*in casu* sociale zekerheid) krijgen een vrijgeleide om

mededingingsrechtelijk te doen en te laten wat ze willen. Zij kwalificeren immers niet als “onderneming” nu een van de twee componenten van een “onderneming” naar mededingingsrecht ontbreekt. Zij kunnen zich alle mogelijke kartels en misbruiken van machtspositie (zoals buitensporige prijzen of gebrekkige dienstverlening) permitteren, zonder dat toezichthouders of consumenten daar op grond van het mededingingsrecht iets tegen kunnen uitrichten. Een pleidooi voor ontrekking van sociale zekerheid aan het toepassingsgebied van het mededingingsrecht *klinkt* wellicht sociaal maar is het allesbehalve. Consumenten zouden dit deel van ’s Hofs rechtspraak best bestrijden.

Ten derde druist dit deel van de rechtspraak in tegen de eigenheid van Europees mededingingsrecht. Het Europese mededingingsrecht opteert bewust niet voor een via een *rule of reason* ingeperkt toepassingsgebied zoals in de Verenigde Staten⁴⁵ maar voor een combinatie van een zeer ruim toepassingsgebied met, na afbakening daarvan, mogelijkheid tot vrijstelling (of rechtstreeks toepasselijke individuele uitzondering, zoals we de individuele vrijstelling sinds 1 mei 2004 moeten noemen). Het *a priori* inperken van het toepassingsgebied door bepaalde activiteiten als *per se* niet economisch te bestempelen, staat haaks op deze Europese benadering.

Hoe ruimer het toepassingsgebied, hoe meer handelingen, ook van sociale zekerheid, onder het toepassingsgebied van het mededingingsrecht zullen vallen. Daaruit vloeit echter helemaal niet automatisch voort dat deze handelingen ook onderworpen zullen worden aan meer liberalisering of marktwerking. Ingebouwd in het mededingingsrecht zijn immers een rist vrijstellings- of rechtvaardigingsgronden met sociaal oogmerk. De verdragsbepalingen over diensten van algemeen economisch belang vervullen hierbij een eersterangsrol. Zij vormen de vertaling van het principe dat het mededingingsrecht geen doel op zich vormt, maar een instrument om andere doelstellingen te verwezenlijken.

Dat dit geen loze woorden zijn, bewijst tenslotte de rechtspraak van het Hof zelf. In die arresten waar het Hof oordeelde dat er wel sprake was van een economische activiteit, en dus van een onderneming, en dus van toepasselijkheid van het mededingingsrecht (zoals de reeds aangehaalde arresten *Albany*, *Brentjens*, *Drijvende Bokken*) en zelfs in die arresten waar het Hof zulks zelf niet kon bevestigen maar ook niet uitsluiten (zoals het reeds aangehaalde arrest *AG2R* van 3 maart 2011, dat het aan de nationale rechter overlaat om te oordelen of van een

economische activiteit sprake is) haast het Hof zich om meteen artikel 106, lid 2, VWEU toe te passen opdat geen schending van het mededingingsrecht zou worden vastgesteld. Indien het Hof het algemeen economisch belang, de sociale dimensie, reeds vrijwaart in zaken waar *niet* van sociale zekerheid sprake is, mag men dan niet aannemen dat het dit *a fortiori* zou doen in zaken waar *wel* van sociale zekerheid sprake is en waar dus wel aan de kern van de sociale ordening zou worden geraakt? Sociale zekerheid buiten het toepassingsgebied van het mededingingsrecht houden uit wantrouwen is dus echt niet nodig, terwijl insluiting van sociale zekerheid het risico kan uitsluiten op benadeling van consumenten en overheden.

Of dit zal volstaan om de gevierde te overtuigen, weet ik niet. Vast staat ondertussen wel dat die gevierde mededingingsjuristen minstens één belangrijk inzicht heeft bijgebracht, namelijk dat ze steeds oog dienen te hebben, niet slechts voor de situatie waarin er (beweerdelijk) *te weinig* mededinging is op een markt, maar evenzeer voor de mogelijke negatieve gevolgen van *te veel* mededinging. Remediering, bijvoorbeeld van sociale uitsluiting, overlaten aan andere rechtstakken zoals sociaal recht of mensenrechtenrecht verarmt het mededingingsrecht. Niet-economische waarden een plaats geven binnen economisch recht is noodzakelijk en gebeurt, maar volstaat niet. De kracht van het economisch recht, vooral in termen van rechtsbescherming, aanwenden om niet-economische doelstellingen verwezenlijken, dát lijkt me een opdracht die de academische ambitie en visie van Herman Cousy waardig zou zijn.

⁴⁵ Bij een *rule of reason* benadering worden pro- en anticompetitieve elementen reeds in het stadium van afbakening van toepassingsgebied tegen elkaar afgewogen en vindt het mededingingsrecht slechts toepassing vindt indien de anticompetitieve elementen van een afspraak, gedraging, transactie ... doorwegen. Van dergelijke benadering zegt men dat zij administratieve overlast zou kunnen besparen. Persoonlijk verkies ik niettemin de Europese benadering. Die komt de transparantie immers zeer ten goede: toezichthouders, concurrenten en consumenten zien alle afspraken, gedragingen en transacties die onder het toepassingsgebied ressorteren en kunnen vervolgens beoordelen – uiteraard op grond van vooraf vastgelegde criteria – of zij wel of niet een vrijstelling verdienen.